VI.

Die rechtliche Natur des Retracts und der Expropriation.

Von Herrn Dr. **Paul Laband**,
ord. Professor der Rechte in Königsberg.

I.

Die juristische Natur des Retractsrechts ist noch immer unter den Juristen in hohem Grade streitig, indem die Einen dasselbe für ein Forderungsrecht, die Andern für ein dingliches Recht erklären. Im Folgenden soll der Versuch gemacht werden, darzuthun, daß beide Ansichten unhaltbar sind, und es soll die richtige Stelle des Retractsrechtes im Rechtssystem nachgewiesen werden.

Die Vertreter der Ansicht, wonach das Retractsrecht ein Forderungsrecht sei, zerfallen in zwei Klassen.

Die Einen gründen die Retractsklage auf das Verhältniß des Näherglelters zum Veräußerer. Der Veräußerer ist dem Nähergelter gegenüber gesetzlich verpflichtet, falls er das Grundstück verkauft, ihm den Vorkauf zu gestatten. Wir wollen es zunächst dahin gestellt sein lassen, ob diese Verpflichtung als eine obligatorische aufzufassen sei oder nicht. Es ist zuzugeben, daß ebenso wie ein Vertrag, so auch das persönliche Verhältniß des Nähergelters zum Veräußerer als gesetzlicher Erbe, Miteigenthümer, Nachbar, Markgenosse u. s. w. von Rechtswegen die Verpflichtung erzeugen kann, dem Nähergelter das Grundstück, falls jener es verkaufen will, zunächst zu gleichen Bedingungen zum Ankauf zu verstatten. Daher kann das Recht des Nähergelters in der That analog dem Rechte aus einem pactum protimiseos und seine Klage gegen den Veräußerer als Quasicontractsklage aufgefaßt werden. Man kann diese Klage allenfalls, wie dies von den Vertheidigern dieser Ansicht

geschieht, als actio emti utilis bezeichnen, indem man fingirt, der Verkäufer habe das Grundstück nicht an den Dritten, sondern an den Retractsberechtigten verkauft, wozu er ja von Rechtswegen verpflichtet gewesen ist. Wäre der Näherberechtigte auf einen Anspruch gegen den Veräußerer beschränkt, so würde auch in der That die juristische Construction seines Rechtes ohne erhebliche Schwierigkeiten sein. Die Eigenthümlichkeit der Retractsklage besteht nun aber bekanntlich darin, daß sie gegen den Käufer und seine Rechtsnachfolger angestellt, das Retractsrecht also gegen einen dritten Besitzer geltend gemacht werden muß; ja im Gegensatz zum Vorkaufsrecht richtet sich das Retractsrecht nur gegen den Käufer und dessen Nachfolger. Diese Schwierigkeit versucht man indeß in höchst einfacher Weise dadurch zu beseitigen, daß man die Klage des Nähergelters für in rem scripta erklärt und die Retractsklage demnach als actio emti utilis in rem scripta bezeichnet.[1])

Diese Lösung ist aber nichts Anderes als eine Anwendung der scholastischen Manier, sich mit einem Worte abzufinden und zugleich das Wesen der Sache zu verletzen. Der Natur der Obligationen ist es zuwider, daß die aus denselben hervorgehenden Klagen in rem scriptae seien, also gegen einen dritten Besitzer angestellt werden können. Nur ausnahmsweise und aus ganz besonderen Gründen läßt das Römische Recht Abweichungen hiervon zu; alle diese Fälle gestatten aber keine analoge Ausdehnung auf die Retractsklage. Man beruft sich zwar auf die Vorschriften des Römischen Rechts über die actio quod metus caussa. Sowie das erzwungene Rechtsgeschäft unkräftig ist,[2]) und die in Folge desselben weggegebene Sache von jedem Besitzer zurückgefordert werden kann, so sei auch das gegen das gesetzliche Verbot abgeschlossene Rechtsgeschäft unwirksam und könne den Nähergelter an seinem Recht, die

1) Die älteren Anhänger dieser Ansicht sind angeführt bei Walch Näherrecht S. 233. Von den Neueren sind hervorzuheben Eichhorn Einleit. §. 103. Wolff Deutsches Privatrecht §. 97.

2) — quod metus caussa gestum erit, ratum non habebo — L. 1 pr. L. 14 §. 3. 5. Dig. quod met. c. IV, 2.

Sache an sich zu bringen, nicht hindern.[3]) Indeß besteht zwischen der actio quod met. c. und der Retractsklage nicht die geringste Aehnlichkeit. Zunächst hat die Zulässigkeit der Rückforderung erpreßter Sachen aus den Händen dritter Besitzer ihren Grund nicht allein in der Anfechtbarkeit der durch Furcht erzwungenen Hingabe derselben; sie ist nicht eine Anwendung eines allgemeinen Princips, gemäß welchem Vermögensobjecte, welche durch ein anfechtbares Rechtsgeschäft veräußert worden sind, aus den Händen dritter Besitzer zurückgefordert werden können; sondern sie beruht auf dem Motive der Gesetzgebungspolitik, dem Delict der Erpressung auf dem Gebiet des Civilrechts mit möglichst durchgreifenden Maßregeln entgegen zu treten und einer Ausbeutung desselben Seitens des Schuldigen durch schleunigen Verkauf so weit als möglich vorzubeugen. Die Interpretation des prätor. Edicts, wonach die Rückforderung solcher Sachen von gutgläubigen Dritten gestattet ist,[4]) findet eine Analogie in dem civilrechtlichen Usucapionsverbot der res furtivae. Der Veräußerer eines Grundstücks aber, an welchem Näherrechte bestehen, verübt durch den Verkauf desselben ebensowenig ein Delict, wie der Käufer durch Anschaffung desselben. Kann auch ein Retractsberechtigter das veräußerte Grundstück für sich beanspruchen, so ist doch der Verkauf desselben an einen Fremden in keiner Weise der Erpressung an die Seite zu stellen; denn die Nichtberücksichtigung der Möglichkeit, daß Jemand privatrechtliche Ansprüche erheben könnte, involvirt keine unerlaubte Handlung. Das Vorhandensein von Retractsrechten begründet im heutigen Rechte kein Veräußerungsverbot; und selbst wenn man dies annehmen wollte, müßte man die Klage auf Herausgabe der veräußerten Sache nach Analogie der Vindication eines vom Ehemann veräußerten fundus dotalis oder eines vom Erben veräußerten, zum Legat ausgesetzten Nachlaßobjects als dingliche Klage auffassen.

---

3) Eichhorn a. a. O. §. 103.

4) Aus L. 14 §. 5 cit. ergibt sich, daß die Röm. Juristen darüber keineswegs einverstanden waren.

Noch weniger bieten die übrigen actiones in rem scriptae des Römischen Rechts eine Analogie mit der Retractsklage dar. Bei dem interdictum quod legatorum ist die eigenmächtige Besitzergreifung des Legatars und das Bestreben der Gesetzgebung, die Integrität der Erbschaften zu schützen, der Grund, aus welchem das Interdict gegen dritte Besitzer für zulässig erklärt ist; und man kann in einem Interdict, welches nur auf vorläufige Restitution eines Nachlaßobjects zur Nachlaßmasse geht, keineswegs ein Beispiel dafür sehen wollen, daß die Erfüllung obligatorischer Verpflichtungen auch von Dritten gefordert werden dürfte. Die Noxalklagen hängen mit der Anschauung zusammen, daß der Beschädigte sich an den Sklaven oder das Thier, von dem er beschädigt worden ist, zu halten habe und der jedesmalige Herr desselben gewissermaßen nur zu seiner Vertretung und Auslösung durch Zahlung des Schadensersatzes befugt ist. Auch die actio aquae pluviae bietet keinen Vergleichungspunkt mit der Retractsklage dar, da der dritte gutgläubige Besitzer nur verpflichtet ist, dem Kläger zu gestatten, eine rechtswidrig vorgenommene Veränderung des natürlichen Wasserabflusses wieder abzustellen.[5]) Ist auch die actio aquae pluv. nach dem Römischen Klagensystem eine actio in personam, da ihr Fundament kein dingliches Recht, sondern die Verletzung einer gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung, also eine Quasidelicts-Obligation ist, so hat doch der ihr zu Grunde liegende Rechtssatz selbst eine so große sachliche Verwandtschaft mit dem Inhalt der Prädialservituten, daß eine Hinneigung der Klage zu den Grundsätzen, welche von der Servitutenklage gelten, der Natur der Sache entsprach. Die actio ad exhibendum endlich ist gar keine actio in rem scripta in dem Sinne, wie die bisher genannten Klagen. Denn die gesetzliche Verpflichtung zur Vorlegung ist nicht eine zwischen zwei bestimmten Personen entstandene Obligation, welche mit der betreffenden Sache auf andere fremde Personen übergeht, also gegen dritte, bei Entstehung der Obligation unbetheiligte Personen durch Klage geltend gemacht werden könnte;

---

5) L. 12 Dig. de aqua et aq. pluv. arc. XXXIX, 3.

sondern sie entsteht jedesmal in der Person des Inhabers kraft Gesetzes und dauert nur so lange, als er in der Lage ist, exhibiren zu können. Sobald dies nicht mehr der Fall ist, fällt seine gesetzliche Verpflichtung fort, und es kann nunmehr eine Verpflichtung desselben Inhalts in der Person eines andern Besitzers entstehen.

Die eigenthümlichen und besondern Gründe, welche in allen diesen Fällen vorliegen, gestatten es nicht, mit dem Begriff der actio in rem scripta zu Zwecken juristischer Construction nach Belieben zu schalten und andere actiones in personam für in rem scriptae zu erklären, als sei dies ein zufälliges Attribut der Klagen, welches bald fehlt, bald vorhanden ist. Bei einer gegen jeden Besitzer zulässigen, auf Herausgabe einer Sache gerichteten Klage spricht mindestens die Vermuthung dagegen, daß sie eine actio in personam sei; andernfalls würde man die Grenzen zwischen dinglichen Rechten und Forderungen zerstören, Obligationen mit dinglichen Wirkungen anerkennen, die ihrem Wesen nach relativen Forderungsrechte mit den Wirkungen absoluter Rechte ausstatten.

Wollte man sich aber auch über diese Bedenken hinwegsetzen und die Zahl der im Römischen Recht anerkannten Fälle, in denen eine persönliche Klage in rem scripta ist, um die Retractsklage vermehren, da auch bei ihr besondere Gründe vorhanden seien, welche diese Ausnahme von dem Princip des Obligationenrechts rechtfertigen, so ist dies doch deshalb nicht möglich, weil die von der Retractsklage geltenden Grundsätze selbst mit dem Begriff einer actio in rem scripta, insbesondere der actio emti utilis in r. scr. im Widerspruch stehen. Denn jede actio in r. scripta ist eine Klage, die zunächst gegen einen bestimmten Schuldner geht, die aber unter Umständen auch gegen Dritte geltend gemacht werden kann; es ist aber eine act. in rem scr. ganz undenkbar in der Art, daß sie gegen den ursprünglich Verpflichteten gar nicht, sondern nur gegen Dritte angestellt werden könne. Nun ist aber die Retractsklage gegen den Verkäufer bekanntlich unzulässig, sie kann nur gegen den Käufer und dessen Nachfolger durchgeführt werden; die Obligation aus dem fingirten Kauf dagegen würde

ursprünglich nur zwischen dem Retractsberechtigten und dem Verkäufer entstanden sein. Man hätte daher eine actio emti, die gegen den Verkäufer selbst unzulässig, dagegen gegen den dritten Besitzer der verkauften Sache zulässig wäre, was dem Begriff jeder actio in personam, folglich auch der actio in pers. in r. scr. widerspricht. [6])

Andere Juristen vermeiden die unhaltbare Annahme, daß die Klage des Retractsberechtigten gegen den Käufer und seine Nachfolger im Besitz auf dem obligatorischen Verhältniß des Retractsberechtigten zum Veräußerer beruhe, indem sie eine directe Obligation zwischen dem Retractsberechtigten und dem Besitzer des Grundstücks annehmen. Es fragt sich nun aber, welches ist der Inhalt und der Rechtsgrund dieser Obligation?

Gengler, Deutsches Privatrecht I, S. 385, 386, der „die persönliche Qualität des Näherrechts für kaum bestreitbar" hält, definirt dasselbe

„als die Befugniß bestimmter Individuen, von dem Käufer und jedem diesem nachfolgenden, wenn auch nicht kaufsweisen, Erwerber einer gewissen Liegenschaft die Ueberlassung resp. Abtretung des gesammten auf letztere bezüglichen Rechtsverhältnisses, jedoch nur in der Gestalt, welche es durch den ersten Kaufcontract erhalten hatte, und gegen hienach bemessene völlige Schadloshaltung des Abtretenden, verlangen zu dürfen."

Man kann bei dieser Auffassung allerdings einen Schritt weiter kommen, als bei der vorhin erörterten; man kann, freilich auch nur durch eine gewagte Fiction, die Retractsklage gegen den ersten Käufer construiren. Man stempelt nämlich den ersten Käufer von Rechtswegen gleichsam zum negotiorum gestor oder Commissionär des Retractsberechtigten. Fehlt es demselben auch entschieden an dem Willen, ein fremdes Geschäft zu besorgen, so nöthigt ihn doch ein Rechtssatz, sich so behandeln zu lassen, als hätte er den Kauf in dieser Absicht abgeschlossen. Es ist von Rechtswegen eine Klage gegen ihn begründet, Alles dasjenige dem Retrahenten abzutreten,

6) Auch Walch a. a. O. S. 235 ff. sucht darzuthun, daß der Begriff der actio in rem scripta auf die Retractsklage keine Anwendung leidet.

was aus jenem Kaufe an ihn gelangt ist, gegen Ersatz der von ihm gemachten Gegenleistungen; während dem Käufer selbst diese Fiction nicht zu statten kommt, er also keine actio negotiorum gestorum contraria gegen den Retractsberechtigten hat, um ihn zum Eintreten in den Kauf zu nöthigen. Die Retractsklage würde sich daher bei dieser Auffassung als actio negotior. gestor. utilis (ficticia) ausweisen. [7])

Allein es ist nicht abzusehen, wie mit dieser Construction die Zulässigkeit der Klage gegen spätere Erwerber erklärt werden kann. Will man auch jene Fiction bei jeder weiteren Veräußerung wiederholen und annehmen, daß jeder spätere Erwerber immer für den Retractsberechtigten das Grundstück anschafft, sofern es dem letzteren beliebt, in das Geschäft einzutreten, so kann doch die Klage immer nur darauf gehen, daß der Verklagte dem Kläger das Grundstück unter denjenigen Bedingungen abtritt, unter welchen er es vom Vorbesitzer erworben hat. Der Kläger verlangt aber nach Gengler's Ausdruck „die Abtretung des gesammten, auf das Grundstück bezüglichen Rechtsverhältnisses in der Gestalt, welche es durch den ersten Kaufcontract erhalten hat." Der erste Kaufcontract begründet ja aber gar kein Rechtsverhältniß für den späteren Erwerber, sondern wie jeder Contract nur ein Rechtsverhältniß unter deu Contrahenten. Soll der jetzige Besitzer ein Rechtsverhältniß abtreten, so kann es doch nur ein solches sein, in

7) Gengler führt diese Construction zwar nicht aus, sondern sagt S. 385: „der Berechtigte dürfe verlangen, daß der seinen Interessen zuwiderlaufende Kaufvertrag in einen solchen umgewandelt werde, bei welchem sein Rechtsanspruch gewahrt, d. h. er selbst als Käufer des fraglichen Objects erscheine." Indeß der Käufer kann doch nur dazu angehalten werden, daß er die für ihn aus dem Kaufvertrage entstandenen Rechte dem Retractsberechtigten abtrete; die Umwandlung des zwischen dem früheren Besitzer und dem ersten Käufer abgeschlossenen Kaufvertrags in einen Kaufvertrag zwischen dem früheren Besitzer und dem Retractsberechtigten, dem der frühere Besitzer das Grundstück vielleicht gar nicht verkaufen will, kann nicht von dem ersten Käufer erzwungen werden, sondern erfordert nach den allgemeinen Grundregeln von der Novation die Mitwirkung des Verkäufers. Die nur gegen den Käufer angestellte Retractsklage kann daher nicht auf Umwandlung der Obligation selbst, sondern nur auf Abtretung der Rechte aus der Obligation gehen.

welchem er selbst Subject ist, nicht ein Rechtsverhältniß, welches unter ganz anderen Personen früher einmal bestanden hat. Der spätere Erwerber tritt ja keineswegs in dasselbe Rechtsverhältniß ein, welches zwischen dem ersten Käufer und dem Veräußerer zu Stande gekommen ist, wenn er nicht etwa der Erbe des ersten Käufers ist, sondern jeder Weiterverkauf erzeugt ein durchaus neues und selbstständiges Rechtsverhältniß. Die Vorstellung, daß der Retrahent von jedem späteren Besitzer die Abtretung der Rechtsansprüche, wie sie durch den ersten Kaufvertrag begründet sind, verlangen kann, und daß er dem Abtretenden eine Schadloshaltung gewähren muß, wie sie sich nach Maßgabe jenes ersten Kaufvertrages berechnet, daß der Retrahent also jedem späteren Besitzer gegenüber dieselben Rechte habe, die für ihn dem ersten Käufer gegenüber begründet sind, macht die Retractsklage zu einer actio negotior. gestor. utilis in rem scripta; eine Construction, die nicht viel besser ist als die Erklärung der Retractsklage als actio emti utilis in rem scripta.

Den beiden erörterten Theorien liegt der gemeinsame Fehler zu Grunde, daß eine zwischen zwei bestimmten Personen bestehende Obligation [8]) zum Fundament einer gegen andere Personen zulässigen Klage gemacht wird. Diesen Fehler vermeidet v. Gerber. Er nimmt eine directe Obligation an zwischen dem Retrahenten und dem Besitzer, mag derselbe der erste Käufer oder ein späterer Erwerber sein, der gemäß der Besitzer verpflichtet ist, das Gut gegen Zahlung des vom ersten Käufer bezahlten Preises dem Retrahenten herauszugeben. Ueber den Rechtsgrund der Verpflichtung aus dem Retract sagt er [9]): „sie ist eine Obligation, welche durch das Gesetz oder Gewohnheitsrecht an einen Zustand angeknüpft wird.“ Fassen wir den Zustand, der so wichtige Rechtswirkungen hervorbringt, näher ins Auge, so entsteht zunächst die Frage, ob es ein Zustand des Retrahenten oder des Verklagten ist, der das Fun-

8) Bei der Eichhorn'schen Ansicht zwischen dem Retrahenten und dem Verkäufer, bei der Gengler'schen zwischen dem Retrahenten und dem ersten Käufer.

9) Lehrbuch des Deutschen Privatrechts §. 175.

dament der Klage bildet. In dieser Beziehung belehrt uns v. Gerber a. a. O. Anm. 3, daß die Thatsachen, an welche Recht und Verpflichtung aus dem Retract angeknüpft ist, auf der einen Seite der Zustand des Nachbarseins, der Mitgliedschaft der Gemeinde u. s. w., andererseits der Zustand des Innehabens des Grundstücks seien.[10]) Der Zustand, welcher die Obligation begründen soll, ist daher keineswegs allein in der Person des Verklagten thatsächlich gegeben, sondern es ist ein Inbegriff von thatsächlichen Voraussetzungen, die theils die Person des Klägers, theils die Person des Verklagten betreffen. Es ist jedoch in dieser Beziehung ein bedeutender Unterschied zwischen den beiden Subjecten nicht zu verkennen.

Der Zustand des Verklagten nämlich, der einzig und allein darin besteht, daß der Verklagte das Grundstück besitzt, involvirt in Wahrheit keine einzige thatsächliche und rechtliche Voraussetzung des Retractsrechts, sondern begründet offenbar nur die Passivlegitimation bei der Retractsklage. Die Thatsache, daß man ein Grundstück besitzt, kann für sich allein niemals zur Herausgabe desselben verpflichten; bestimmte Qualificationen dieses Besitzes oder des Erwerbs desselben sind aber in der Person des Verklagten zur Durchführung des Retracts nicht erforderlich. Soll aber ein Zustand eine Obligation erzeugen, so müssen nothwendig die essentiellen thatsächlichen Requisite der Obligation in der Person des Verpflichteten vorhanden sein, so daß ein individuell bestimmtes Verhältniß zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten begründet ist.[11]) Die Verpflichtung der Eltern und Kinder zur gegenseitigen Alimentation kann man als Zustandsobligation

10) Man kann noch hinzufügen, daß in vielen Retractsfällen auch noch das Grundstück besondere thatsächliche Eigenschaften haben muß, z. B. daß es zu einer gewissen Mark gehört, mit dem Grundstück des Klägers unter demselben Dache steht, ehemals mit ihm vereinigt war u. s. w.

11) Würde man den von v. Gerber aufgestellten Begriff der Zustandsobligationen als zuläßig anerkennen und verwerthen wollen, so könnte man die binglichen Klagen ganz streichen. Denn auch die Vindication könnte man auf eine Zustandsobligation zurückführen, die an die Thatsache, daß der Verklagte eine dem Kläger gehörige Sache besitzt, angeknüpft sei

bezeichnen, denn die nahe Blutsverwandtschaft mit der alimentationsbedürftigen Person ist ein der Person des Verpflichteten anhaftender, in ihr individualisirter, ihr Verhältniß zum Berechtigten bestimmender Zustand, eine rechtlich relevante Qualität dieser Person. Auch die Verpflichtung eines Grundbesitzers gegen seinen Erben, sein Grundstück nicht zu verkaufen, ohne ihm dasselbe zum Vorkauf anzubieten, ließe sich als Zustandsobligation auffassen, weil auch hier die Blutsverwandtschaft ein diese beiden Personen betreffender und sie mit einander in rechtliche Beziehung bringender thatsächlicher Umstand ist. Dasselbe gilt von der gleichen Verpflichtung der Nachbarn, Miteigenthümer, Gemeindebürger u. s. w. Die Nachbarschaft, das rechtliche Verhältniß der Miteigenthümer und Ganerben, die Zugehörigkeit zu derselben Gemeinde, Markgenossenschaft, Zunft, Reichsritterschaft u. s. w. sind persönliche Zustände gewisser Individuen, Beziehungen zu einander, die ein rechtliches Band unter denselben schlingen und gegenseitige Rechte und Pflichten unter ihnen erzeugen können.

Zwischen dem Retractsberechtigten und dem dritten Erwerber des Grundstücks aber braucht ein solches individuelles Verhältniß durchaus nicht zu bestehen; sie sind nicht unter einander verwandt, noch Genossen derselben Corporation. [12]) Ja der Retract gegen den jetzigen Besitzer ist häufig grade nur deshalb zulässig, weil er bisher nicht Nachbar, Miteigenthümer, Corporationsgenosse gewesen ist, weil er also in keinem ein Rechtsverhältniß mit dem Retrahenten begründenden Zustand sich befunden hat. [13])

---

12) Auch wo der neue Erwerber in das gleiche Verhältniß zum Retractsberechtigten tritt, wie der ehemal. Besitzer, indem er sein Miteigenthümer, Nachbar, Markgenosse wird, erzeugt dieses Verhältniß ja keineswegs die Pflicht, das Grundstück abzutreten, sondern nur die Pflicht, es nicht an einen Fremden mit Uebergehung des Retractsberechtigten zu verkaufen. Diese Pflicht aber ist nur von dem ehemaligen, nicht von dem jetzigen Besitzer verletzt worden; eine Obligation könnte daher auch nur in der Person des Veräußerers, nicht des Erwerbers entstanden sein.

13) Vergl. das Erk. des O.A.G. zu Jena in Seuffert's Archiv Bd. II nro. 317.

Die persönlichen Beziehungen des verklagten Besitzers sind sonach für die Geltendmachung des Retractsrechtes gleichgültig, sofern er nicht etwa selbst ein besseres Näherrecht haben sollte als der Kläger. Es gibt keinen durch specifische, rechtlich relevante Thatsachen bestimmbaren Zustand des Besitzers, wegen dessen in seiner Person eine Obligation zur Abtretung des Grundstücks entstehen könnte, sondern das Recht des Klägers beruht ausschließlich auf solchen Thatsachen, welche ein Verhältniß zwischen ihm und dem ersten Veräußerer oder zwischen ihm und dem Grundstück begründen. [14]) Der Besitz des dem Retracte unterworfenen Gutes erzeugt daher nicht die Retractsbefugniß selbst; das Recht des Retrahenten richtet sich nicht gegen den jedesmaligen Besitzer persönlich, sondern es hat einen absoluten Charakter und die Klage geht gegen Jeden, der die Ausübung desselben thatsächlich verhindert, d. i. gegen jeden Besitzer, an den das Gut in Folge der den Retractsfall begründenden Veräußerung gelangt ist und der die Herausgabe verweigert. [15])

---

14) Beseler, Deutsches Privatrecht S. 518, hebt mit Recht hervor, daß, wenn dem Nähergelter sein Klagegrund bestritten wird, mit der Forderung auf Herausgabe der Sache der Antrag auf Anerkennung des Rechts zu verbinden sei, und er hält diesen Umstand für entscheidend dafür, daß das ganze Rechtsverhältniß und die daraus hervorgehende Klage als dinglich bezeichnet werden kann.

15) Aus der Auffassung v. Gerber's ergibt sich als logische Consequenz die Annahme, daß, wenn während schwebender Zulässigkeit des Retracts das Grundstück weiter veräußert wird, das bisherige Retractsrecht erlischt und ein ganz neues an die Stelle tritt; denn die Zustandsobligation des bisherigen Besitzers ist ja mit der Beendigung des Besitzes weggefallen und eine Zustandsobligation des neuen Erwerbers, also ein anderes Forderungsrecht, entstanden. Diese Annahme würde aber nicht nur eine höchst gezwungene und künstliche sein, sondern auch den über das Retractsrecht geltenden Regeln widersprechen; insbesondere beginnt mit der Weiterveräußerung des Grundstücks keine neue Präclusivfrist, sondern das Erlöschen der Retractsbefugniß berechnet sich nach dem ursprünglichen Entstehen derselben; ein Verzicht auf Ausübung des Retractsrechts, der dem ersten Käufer gegenüber geleistet ist, schützt auch jeden Singularsuccessor desselben gegen den Abtrieb u. s. w.; kurz, das Retractsrecht erscheint als ein einheitliches und in sich unveränderliches Recht, wenngleich das Grundstück durch mehrere Hände geht.

Vom Standpunkte des Obligationenrechts aus ist sonach das Retractsrecht und die Retractsklage nicht zu erklären; versuchen wir es also vom Standpunkte der dinglichen Rechte aus.

Es bedarf wohl heute keines Beweises mehr dafür, daß die von Walch ausführlich vertheidigte Annahme eines Gesammteigenthums aller zum Retracte berechtigter Personen an sämmtlichen dem Retracte unterworfenen Grundstücken gänzlich unhaltbar ist. Abgesehen davon, daß der Begriff des Gesammteigenthums dem heutigen Rechte überhaupt fremd und mit den Grundprincipien des heutigen Rechtssystems logisch unvereinbar ist, würde die Anwendung dieses Begriffes auf die Retractsrechte zu einer bodenlosen Verwirrung aller Eigenthumsverhältnisse führen. Man denke nur an ein Rechtsgebiet, in welchem zahlreiche Titel zum Retract anerkannt sind. Ein und dasselbe Grundstück stünde dann unter Umständen nicht nur im Gesammteigenthum seines Besitzers und aller seiner Blutsverwandten, sondern gleichzeitig auch im Gesammteigenthum seines Besitzers und aller seiner Nachbarn, im Gesammteigenthum seines Besitzers und aller seiner Zunftgenossen, im Gesammteigenthum des Besitzers und aller seiner Gemeinde-Mitbürger u. s. w. Es würde nicht ausreichend sein, die Schwierigkeiten zu überwinden, welche die Vorstellung Eines Gesammteigenthums an einem Grundstück unserer Logik bereitet, sondern man müßte das gleichzeitige Bestehen mehrerer Gesammteigenthums-Verhältnisse an demselben Object zu begreifen versuchen.

Die Construction des Retractsrechts als Ausfluß eines Eigenthums ist auch in der heutigen Theorie allseitig als verfehlt anerkannt, und es bleibt daher nur übrig, es als jus in re aliena aufzufassen. Da das Retractsrecht nun den übrigen, im Römischen und Deutschen Privatrecht anerkannten dinglichen Rechten an einer fremden Sache sich nicht unterordnen läßt, so muß man es als ein besonderes und eigenthümliches dingliches Recht den übrigen jura in re aliena an die Seite stellen.[16]) Der Inhalt des Retractsrechts steht dem auch

16) Fast in allen Lehrbüchern wird das Näherrecht bei der Lehre

nicht entgegen, denn es berechtigt, die Herausgabe des Gutes von jedem Besitzer zu verlangen. Daß der Kläger seinerseits dem Besitzer eine Gegenleistung machen muß, widerspricht nicht der dinglichen Natur seines Rechts oder seiner Klage, denn selbst bei der rei vindicatio des Eigenthümers muß bekanntlich nach Particularrechten der Kläger dem gutgläubigen Besitzer den von ihm bezahlten Kaufpreis entrichten, und auch nach gemeinem Rechte ihm nothwendige Verwendungen u. a. ersetzen. Auch kann man nicht einwenden, daß nach erfolgtem Verkauf des Grundstücks an einen Fremden es bei dem Retractsrecht an einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache fehlt; denn der Retrahent kann das Grundstück dem Besitzer entziehen und die Herausgabe desselben erlangen, ganz ähnlich, wie der Pfandgläubiger mit der actio quasi Serviana die Herausgabe des Pfandobjects erzwingen kann: der Retrahent, um das Grundstück für sich selbst als Eigenthum zu behalten, der Pfandgläubiger, um es zu verkaufen und sich aus dem Erlöse wegen einer Forderung zu befriedigen.

Wie soll man sich nun aber die Entstehung oder den Erwerb eines solchen dinglichen Rechtes denken? Man könnte annehmen, und dies scheint die gewöhnliche Meinung zu sein, daß das Retractsrecht erst durch die Eigenthumsübertragung an einen Fremden entsteht. Allein ist es wirklich mit den Principien juristischer Construction vereinbar, daß der Verkauf eines Grundstücks ein dingliches Recht an demselben für eine dritte, an diesem Vertrage durchaus unbetheiligte Person hervorbringen soll? [17]) Und diese Veräußerung ist auch in der That gar nicht das Fundament des Retractsrechtes. Der eigent-

---

vom Kaufvertrage behandelt; faßt man dasselbe aber als ein dingliches Recht auf, so ist es consequent, es auch in der Lehre von den Sachenrechten darzustellen. In dieser Beziehung bemerkt Maurenbrecher in der 2. Auflage seines Deutschen Privatrechts I §. 314 Seite 675: „Da das Näherrecht ein dingliches Recht an liegenden Gütern ist (was Jedermann zugibt) (?), so geschieht offenbar eine Besserung eines langvererbten Fehlers im Systeme, wenn es hier in das Sachenrecht, als ein allen übrigen völlig coordinirtes dingliches Recht gestellt wird. Es steht hier hinter dem Pfandrechte, weil es mit diesem die meiste Aehnlichkeit hat."

17) Vergl. auch v. Gerber a. a. O. Note 3.

liche Grund desselben ist bereits vor der Veräußerung vorhanden; Verwandtschaft, Nachbarschaft, Genossenschaft u. s. w. haben schon vorher eine Beziehung zwischen dem Nähergelter und dem Grundstück begründet, welcher zufolge das Grundstück an einen Fremden mit Uebergehung des Nähergelters gar nicht hätte veräußert werden sollen. Die Anschauung ist nicht abzuweisen, daß jene Veräußerung schon eine Verletzung des Rechts des Näherberechtigten sei. Demnach muß man annehmen, daß das Retractsrecht schon vorher kraft Rechtssatzes, etwa wie ein gesetzliches Pfandrecht, bestehe, die Veräußerung des Gutes dagegen nur die Nativität der Retractsklage bewirke; sowie die Verletzung des Eigenthumsrechts nicht das Eigenthum, wohl aber die Nativität der Eigenthumsklage hervorbringt. Nun vergegenwärtige man sich aber die endlose Schaar von jura in re aliena, welche man durch diese Theorie hervorrufen würde. In einer Stadt, in welcher die Gemeindebürger an allen städtischen Grundstücken ein Retractsrecht Fremden gegenüber haben, würden auf jedem einzelnen Grundstück so viele dingliche Rechte lasten, als jene Stadt Bürger hat, und daneben noch alle die übrigen Retractsrechte ex jure consanguinitatis, vicinitatis, condominii u. s. w. Durch jede Geburt, durch welche eine Familie einen Zuwachs erhält, würde jedem Grundstück, welches einem Familiengenossen gehört, von Rechtswegen ein neues jus in re auferlegt werden. Ein Grundbesitzer, dessen Gut mit vier Nachbargrundstücken zusammengränzt, hätte an sämmtlichen der letzteren ein dingliches Recht, während wieder jeder der vier Nachbarn ein dingliches Recht an seinem Grundstück hätte.

Alle diese Rechte müssen als vorhanden gedacht werden, da sie durch den Verkauf des Grundstücks an einen Fremden verletzt und mit der Retractsklage gegen den letzteren geltend gemacht werden können; vor dem Verkauf aber sind alle diese dinglichen Rechte völlig wirkungslos, sie gestatten nicht die geringste Einwirkung auf die Sache, sie geben dem Berechtigten keinerlei Befugnisse. Und ob diese schattenhaften Rechte jemals Realität erlangen werden, das kann Niemand, auch der Berechtigte selbst nicht, vorhersehen. Denn wenn der Eigenthümer

des mit diesen unzähligen dinglichen Rechten beschwerten Gutes dasselbe nicht an einen Fremden verkauft, sondern es verschenkt, als Mitgift bestellt oder es bis zu seinem Tode behält, so bleiben diese Rechte in völliger Inhaltlosigkeit, oder vielmehr sie verschwinden, ohne jemals einen Inhalt erlangt zu haben, und unzählige andere dingliche Rechte der Verwandten oder Genossen des neuen Eigenthümers treten an ihre Stelle, um vielleicht ebenso spurlos zu verschwinden. Man könnte zwar einwenden, diese Rechte blieben alsdann unverletzt, und so lange sie unverletzt sind, fehle es an einem Anlaß, sie geltend zu machen. Aber das ist eben dem juristischen Gefühl anstößig, daß der positive Inhalt eines dinglichen Rechts einzig und allein darin bestehen soll, daß es verletzt werden kann; daß es an und für sich gar keine Einwirkung auf die Sache gestattet, sondern daß es erst durch seine Verletzung zum Leben gerufen werden kann.

Wenn nun das Retractsrecht weder ein Forderungsrecht noch ein dingliches Recht ist, zu welcher Art von Rechten soll man es zählen, da es ja keine anderen Vermögensrechte als jene beiden Arten gibt? Denn der Leser fürchte nicht, daß ihm zugemuthet werden soll, an Rechte zu glauben, die dinglich und persönlich zu gleicher Zeit sind. Grade in Beziehung auf das Retractsrecht ist hierin fast Unerhörtes geleistet worden. So erklärt Hillebrand[18]) den Retract als ein „Forderungsrecht, dem gewisse sachenrechtliche Beziehungen geblieben sind," insbesondere gehöre die Klage, durch die man das Näherrecht geltend macht, zu den dinglichen. Also eine dingliche Klage zur Geltendmachung eines Forderungsrechts! Demgemäß nennt er das Retractsrecht mit einem vielleicht sehr poetischen, aber sicherlich wenig juristischen Ausdrucke: „ein Forderungsrecht im Gewande des Immobiliarsachenrechts." Walter[19]) wendet die Hillebrand'sche Construction um wie einen abgetragenen Rock, ohne daß sie dadurch besser wird. Er stellt den scharfsinnigen Satz an die Spitze: „Das Retractsrecht ist auf

18) Lehrbuch des deutschen Privatrechts §. 173. (2. Aufl. S. 651.)
19) System des gem. deutschen Privatrechts §. 388.

eine eigenthümliche Weise gemischt" und erläutert das Recept für diese eigenthümliche Mischung in der Art, daß „dem Retractsverhältniß auf beiden Seiten (!) etwas Dingliches (?) zum Grunde liegt, allein die daraus hervorgehende Retractsklage vorherrschend (!) obligatorischer Natur ist." Also eine vorherrschend persönliche Klage zur Geltendmachung eines etwas dinglichen Rechts!

Mit solchen in ein geborgtes Gewand gehüllten oder aus unvereinbaren logischen Gegensätzen eigenthümlich gemischten Rechten wollen wir uns nicht weiter befassen. Wir bekennen, daß es nach unserem heutigen Rechtssystem nur zwei Arten von Vermögensrechten gibt, dingliche Rechte und Forderungen. Wenn nun das Retractsrecht keines von beiden ist, so ist mit Nothwendigkeit der Schluß geboten, daß es überhaupt kein Vermögensrecht ist. Und dies ist auch in der That der Fall. Das Retractsrecht ist kein subjectives Recht, kein Bestandtheil des Vermögens einer bestimmten Person, sondern lediglich ein Inbegriff von Rechtsnormen, ein Institut des objectiven Rechts, ein Name, unter dem eine Anzahl von Rechtsregeln zusammengefaßt wird. Das Retractsrecht wirkt zwar auf Entstehung, Veränderung, Untergang von Privatrechtsverhältnissen ein, aber es ist selbst kein besonderes Privatrechtsverhältniß.

Die Darlegung der Bedeutung und Begründung dieser Behauptungen macht eine kleine Abschweifung vom Thema erforderlich.

Das Retractsrecht läßt sich mit dem Expropriationsrecht vergleichen; ja, wenn man den letzteren Ausdruck in einem weiteren Sinne, als ihm gewöhnlich beigelegt wird, für jede Zwangsenteignung zulassen will, so kann man das Retractsrecht eine Art von Expropriation nennen. Das Retractsrecht ist ein Expropriationsrecht, angepaßt auf die socialen und politischen Verhältnisse der früheren Jahrhunderte. So lange der Staat sich gemeinnützigen Unternehmungen nicht widmete, öffentliche Anlagen zur Hebung des allgemeinen Verkehrs nicht machte, große militärische Etablissements nicht baute, war das Bedürfniß zur Expropriation des Privateigenthums im eigentlichen Sinne nicht von Erheblichkeit, abgesehen davon, daß erst allmählig seit dem Ende des

Mittelalters der Staatsverband zu jener intensiven Kraft gelangte, welche das Expropriationsrecht voraussetzt. Die Befugniß des Staates, unter gewissen Umständen über das Privateigenthum des Einzelnen zu Gunsten der Gesellschaft zu verfügen, setzt voraus, daß der Staat die Pflicht und das Recht hat, die Interessen der Gesellschaft zu verwirklichen. Am Ende des Mittelalters und in den ersten Jahrhunderten des neueren Zeitalters dagegen war die bürgerliche Gesellschaft in zahllose kleine Verbände zersplittert, welche den Mangel eigener Kraft und Leistungsfähigkeit durch starre Abschließung nach Außen zu ersetzen suchten. Der Ausschluß der Fremden von den Vortheilen und dem Vermögen der Familiengenossenschaft, der Markgenossenschaft, der Zunft, der Gemeinde, der Reichsritterschaft wurde mit kleinlicher Eifersucht als das Palladium der eigenen Wohlhabenheit und Sicherheit angesehen. Das Eindringen Fremder in den geschlossenen Kreis der Genossen galt als eine Beeinträchtigung der letzteren, und, je mehr der Zutritt Fremder erschwert war, desto kostbarer erschienen die Privilegien der in die Genossenschaft Aufgenommenen. Von diesem socialen und politischen Standpunkt aus erschien es völlig angemessen, den Bedürfnissen der Zeit und ihren Rechtsanschauungen entsprechend, daß das Eindringen Fremder in bestimmte gegebene Kreise von den Genossen verhindert werden dürfe. Von diesem Gesichtspunkte aus rechtfertigen sich daher eine Reihe von Expropriationsbefugnissen, die heute als die lästigsten Fesseln des Verkehrs erscheinen.[20])

Die objective Rechtsordnung erkannte gewisse Beziehungen zu Grundstücken als so innig und des Schutzes werth an, daß

20) Auch für das Mittelalter sind die verschiedenen Retractsrechte in Beziehung auf ihre wirthschaftliche Bedeutung nicht nach einem und demselben Maße zu messen. Einige sind an die Stelle völliger Veräußerungsverbote getreten und bezeichnen daher einen erheblichen Fortschritt in der Freiheit des Verkehrs mit Grundstücken; so der Retract der Blutsverwandten, des Lehnsherrn, des Colonatsherrn, der das absolute Veräußerungsverbot der ererbten Güter, der Lehn- und Erbzinsgüter ohne Consens der Erben resp. des Lehns- und Grundherrn verdrängte. Andere Retractsrechte dagegen sind neu aufgekommene Beschränkungen, welche die Grundstücke in einem gewissen gegebenen Kreise erhalten sollten,

sie mit denselben die Befugniß verknüpfte, das Grundstück einem Fremden zu expropriiren. Nicht Gründe rein privatrechtlicher Natur, sondern Rücksichten auf die Gliederung der Gesellschaft, auf die sociale und politische Verfassung, auf die organischen Verbände, die der Culturentwicklung jener Zeit entsprachen, liegen dem Retractsrecht zu Grunde. Es erschien als ein Postulat der Sitte und Billigkeit, als ein Factor zur Aufrechterhaltung der socialen Ordnung.

Freilich weicht die juristische Gestaltung, welche das Retractsrecht gewonnen hat, vielfach von der Gestaltung unseres heutigen Expropriationsrechts ab. Es bedarf keiner Feststellung, daß der Retrahent ein besonderes vermögensrechtliches Interesse an dem Erwerbe des betreffenden Grundstücks hat; noch weniger, daß es für ihn wirthschaftlich nothwendig sei. Das Interesse ist ein unschätzbares, subjectives, aber vom objectiven Recht anerkanntes und wirksam geschütztes, und durch die Geltendmachung des Retractsrechts selbst bekundet der Retrahent in authentischer Weise, daß er in concreto ein Interesse am Erwerbe des Grundstücks habe. Die Entschädigung wird nicht nach einer Taxation des wahren Werthes bemessen, sondern durch den Preis bestimmt, für den das Grundstück zuerst an einen Fremden, außerhalb des Kreises der näher berechtigten Personen Stehenden verkauft worden ist. Die Geltendmachung des Rechts ist auf den Zeitraum von Jahr und Tag nach erlangter Kenntniß von dem Uebergang des Grundstücks in fremde Hände beschränkt; eine Frist, die in zahlreichen Particularrechten noch erheblich abgekürzt ist.[21] Der Retract ist nur zulässig im Falle des Verkaufs, nicht im Falle einer anderen Veräußerungsart. Allein diese Besonderheiten erklären sich aus der positiven historischen Entwicklung des Rechtsinstituts; dieselbe erfolgte nicht als logische, systematische Durchbildung eines bestimmten Rechtsgedankens, sondern im Anschluß an andere ältere Rechtsinstitute.[22] Das Beispruchsrecht der

21) Vergl. die Nachweisungen bei Walch S. 286ff. und Beseler Deutsches Privatr. §. 125 Note 30. (2. Aufl. S. 522.)

22) Siehe auch Renaud in der Zeitschr. für Deutsches Recht Band VIII S. 264.

Erben, die Grundsätze über die rechte Gewere, die Zusammenstellung und Confundirung mit dem vertragsmäßig bestellten Vorkaufsrecht, der Einfluß der italienischen Doctrin, welche in den italienischen Stadtrechten das Retractsrecht schon frühzeitig völlig ausgebildet fand, auf die deutsche Jurisprudenz und Gesetzgebung, endlich das Bestreben der späteren Zeit, die Retractsfälle möglichst einzuschränken, haben auf die Gestalt, welche das Rechtsinstitut in Deutschland gewonnen hat, einen maßgebenden Einfluß ausgeübt, und — man kann wohl sagen — seine Verkrüppelung verschuldet. Sie haben aber den wesentlichen Grundbegriff des Retractsrechtes als einer Expropriationsbefugniß nicht verändert. [23])

Wir wollen daher zunächst die Frage nach der juristischen Natur der Expropriation erörtern und sodann untersuchen, in wiefern sich die hier gefundene Lösung für den Retract verwerthen läßt.

II.

Eine richtige Erkenntniß des Wesens der Expropriation ist sehr viel leichter als des Wesens des Näherrechts, und die gegenwärtige Doctrin steht demgemäß in Beziehung auf das Expropriationsrecht auf einer bei Weitem richtigeren Grundlage als hinsichtlich des Näherrechts. Es ist unverkennbar, daß die Expropriation sich nicht den allgemeinen Principien des Privatrechts unterordnet, sondern sie modificirt; daß die Expropriation nicht die Geltendmachung eines Privatrechts, sondern die Verletzung wohlerworbener Privatrechte im öffentlichen Interesse, ein Eingriff des Staates in die privatrechtliche Sphäre des Individuums ist; daß daher die Berechtigung zur Expropriation nicht im Privatrecht, sondern im Staatsrecht begründet ist. Mag man die Expropriation in noch so weitem Umfange für zuläßig erachten, darüber kann kein Zweifel bestehen,

23) Die juristische Gleichartigkeit des Retracts und der Expropriation wird zwar bei keinem Schriftsteller direct ausgesprochen, jedoch von v. Gerber unverkennbar angedeutet, indem er in seinem System des Deutsch. Privatrechts beide Institute nebeneinander behandelt und beide, was freilich unserer Ansicht nach unrichtig ist, als Zwangskauf (Zustands obligationen) erklärt.

daß sie nur zur Erreichung staatlicher Zwecke geschehen kann, nicht, wie die Geltendmachung von Privatrechten, im blos vermögensrechtlichen Interesse.[24]) Nicht der Fiscus als vermögensrechtliches Subject hat das privatrechtliche Privilegium, sich alle oder gewisse Grundstücke gegen Entschädigung aneignen zu dürfen, sondern der Staat expropriirt; nicht eine Actiengesellschaft, welche eine Eisenbahn oder Chaussee baut, hat zur Verbesserung ihres Vermögens das Expropriationsrecht, sondern der Staat ermächtigt sie, zur Hebung des öffentlichen Verkehrs, soweit es erforderlich ist, die im Privateigenthum stehenden Grundstücke zur Anlage der Straße verwenden zu dürfen.[25]) Demgemäß ist das Expropriationsrecht kein Vermögensrecht, sondern ein Theil des Staatsrechts. Es beruht auf der Unterordnung des Individuums unter den Staat; die Expropriation ist zurückzuführen auf einen Befehl der Obrigkeit an den Unterthan, sie ist ein Herrschaftsact und die Pflicht, sich die Expropriation gefallen zu lassen, keine civilrechtliche Obligation, sondern eine staatsbürgerliche oder Unterthanenpflicht.[26]) Nur aus dem Staatszweck, den ein bestimmter Staat zu erreichen hat, läßt sich das Princip für die Fälle ermitteln, in denen die Expropriation zulässig ist,[27]) und nur nach dem öffentlichen Recht kann es beurtheilt werden, ob in concreto einer Expropriation Statt zu geben sei. Daraus ergibt sich, daß das Expropriationsrecht kein subjectives Recht einer (vermögensrechtlichen) Person ist, sondern der Inbegriff von Regeln des objectiven Rechts. Die Durchführung der Expropriation ist nicht Ausübung eines Privatrechts, sondern Anwendung und

24) Vergl. Treichler Zeitschr. f. Deutsches Recht Bd. XII. S. 139. Häberlin Arch. f. die civil. Praxis Bd. 39. S. 1. 147 ff. Beseler Privatrecht S. 349 ff. Wilh. Koch Deutschlands Eisenbahnen I. S. 22. Georg Meyer Das Recht der Expropriation S. 164 ff.

25) Es kann daher auch am Vermögen des Staates eine Expropriation stattfinden. Wenn z. B. eine Eisenbahn über eine Domäne gebaut werden soll, so kann die Eisenbahn-Gesellschaft Namens des Staats (im publicistischen Sinn) das Expropriationsrecht zur Anwendung bringen gegen den Fiscus. Vgl. auch Häberlin S. 176.

26) Häberlin a. a. O. S. 154.

27) G. Meyer a. a. O. S. 177 ff.

Ausführung einer staatsrechtlichen Vorschrift auf den concreten Fall Seitens der Staatsverwaltung. Dieser allgemein verbreiteten und sich gleichsam von selbst aufdrängenden Erkenntniß ist es zu danken, daß man das Expropriationsrecht selbst nicht, wie das Näherrecht, als ein jus in re aliena oder als ein Forderungsrecht bezeichnet, sondern daß man ihm nur privatrechtliche Wirkungen zuschreibt und dieselben zu analysiren sucht.[28])

Daß diese Wirkungen in dem Uebergang des Eigenthums vom Expropriaten an den Exproprianten gegen Zahlung der vollen Entschädigung bestehen, ist nicht zweifelhaft; dagegen ist die principielle Construction derselben, d. h. die Aufstellung der begrifflichen Kategorien des Civilrechts, denen die privatrechtlichen Wirkungen der Expropriation unterzuordnen sind, bisher noch nicht in befriedigender Weise geglückt.

Weitaus am verbreitetsten ist die Theorie, daß durch die Expropriation ein Kaufvertrag hervorgebracht werde, zu dessen Eingehung der Expropriant von Rechtswegen verpflichtet sei, und man bezeichnet sie daher auch regelmäßig als Zwangsverkauf, venditio necessaria. Der fehlende Consens des Verkäufers werde vom Gesetze ergänzt. Es dürfte wohl unbestreitbar sein, daß diese Erklärung auf einer starken, dem wirklichen Sachverhalt widersprechenden Fiction beruht. Man denke sich einen Hausbesitzer, der sich mit allen Kräften gegen die Hergabe seines Hauses zum Zweck einer Straßen-Erweiterung gewehrt hat, der mit der ihm gezahlten, rechtskräftig festgestellten Entschädigungssumme höchst unzufrieden ist, der das unerschütterliche Bewußtsein hat, Seitens des Staates im Interesse des Gemeinwohls einen Eingriff in seine Privatrechtssphäre erlitten, sein Haus nicht freiwillig veräußert, sondern nur in Folge der unwiderstehlichen Macht des Staates verloren zu haben: einem solchen Hausbesitzer wollen die Juristen einreden, er habe mit dem Exproprianten einen Consensual-Vertrag abgeschlossen, das Gesetz ergänze die rechtsverbindliche Erklärung seines Willens, das Haus für jenen Preis

28) Gruchot in seinen Beiträgen zur Erläuterung des Preuß. Rechts. Bd. IX. S. 76.

zu überlassen! Mit demselben Rechte könnte man fingiren, der zu einer Gefängnißstrafe verurtheilte Verbrecher habe eine Wohnung nebst Beköstigung im Gefängniß gemiethet, oder der Defraudant, dessen Waaren confiscirt worden sind, habe sie dem Fiscus geschenkt.[29]) Aber wir wollten jene Fiction hinnehmen, wenn sie in der That die rechtlichen Vorgänge und Wirkungen bei der Expropriation erklären würde, wenn die vom Kauf geltenden Regeln bei der Expropriation in Wahrheit zur Anwendung kämen. Allein das ist keineswegs der Fall, wie wir bald darlegen werden.

Um diese Fiction entbehrlich zu machen, hat G. Meyer a. a. O. S. 184 ff. die Verpflichtung des Exproprianten zur Abtretung seines Grundstücks als Zustandsobligation bezeichnet, welche materiell der Obligation aus dem Kaufe gleichkomme. Er sagt S. 190: „Dasjenige, was es vom Kaufe unterscheidet, ist lediglich der fehlende Consens. Wir können daher nach dem Vorgange des römischen Rechts ohne Bedenken das im Expropriationsverfahren durch die Entscheidung der competenten Behörde entstehende obligatorische Verhältniß als eine obligatio quasi ex contractu bezeichnen, als deren Typus der Kauf erscheint.“ [30]) Man sieht, daß materiell diese neue

29) Vergl. die ausführliche und gut begründete Widerlegung der Theorie vom sogen. nothwendigen oder erzwungenen Verkauf von Georg Meyer a. a. O. S. 192 ff.

30) Meyer legt großes Gewicht auf die Unterscheidung, ob sich Expropriant und Expropriat über die Abtretung und Entschädigung einigen oder nicht. Im ersteren Fall werde ein wirklicher Kauf abgeschlossen; nur im letzteren Falle trete die als Quasikauf charakterisirte Zustandsobligation ein. Daß der Expropriat, um der Zwangsenteignung zu entgehen, sich zum freiwilligen Verkauf entschließen kann, daß also ein wirklicher Kauf statt einer Expropriation eintreten kann, unterliegt natürlich gar keinem Zweifel, und ist keine Entdeckung von wissenschaftlicher Bedeutung, sondern eine Trivialität; dagegen ist es entschieden unrichtig, in allen Fällen, in denen sich der Eigenthümer der Expropriation ruhig fügt, einen wirklichen Kauf anzunehmen. Wenn derselbe einsieht, daß die Expropriation gesetzlich begründet ist und der ihm angebotene Betrag dem Werth seines Grundstücks entspricht, so hat er ja durchaus keine Veranlassung, einen Spruch der competenten Verwaltungsbehörde oder des Gerichts zu veranlassen; dessenungeachtet fehlt es ihm an dem

Theorie der bisher herrschenden äußerst ähnlich ist; nach beiden sind die vom Kauf geltenden Regeln auf die Expropriation anzuwenden, nach der älteren Lehre direct, nach Meyer utiliter; aus dem Zwangskauf wird ein Quasikauf.[31])

Ehe wir auf die Frage eingehen, ob diese neue Wendung, welche der alten Theorie gegeben wird, dieselbe civilistisch annehmbarer macht, wollen wir in Kürze prüfen, ob denn die vom Kaufvertrage geltenden Regeln auch wirklich auf die Expropriation passen. Hier ergibt sich nun aber in vielen Punkten ein negatives Resultat.

Der Verkäufer ist verpflichtet, das habere licere dem Käufer zu prästiren, insbesondere für Eviction zu haften; im Falle einer Expropriation ist dagegen anerkanntermaßen diese Verpflichtung nicht begründet.[32]) Der Verkäufer muß ferner für die Abwesenheit heimlicher Mängel und für diejenigen Eigenschaften der gekauften Sache einstehen, welche der Käufer nach den Umständen erwarten durfte, so daß sie als stillschweigend vereinbart angesehen werden müssen; im Falle der Expropriation fällt dagegen diese Verpflichtung fort.[33])

Willen, einen Kauf zu contrahiren. Er verkauft nicht sein Grundstück, sondern er läßt es sich nehmen, weil er die Fruchtlosigkeit des Widerspruchs einsieht. Meyer verkennt dies auch nicht, und er tritt mit sich selbst in Widerspruch, wenn er S. 188 bei der „prinzipiellen Lösung der Frage" diesen Fall für einen „wirklichen Kauf" erklärt, dagegen S. 239 bei Erörterung der „Consequenzen des aufgestellten Prinzips" ausführt, daß auf denselben „die reine Theorie des Kaufes nicht maßgebend ist, da der Expropriat, wenn er sich der Abtretung freiwillig unterwirft, dabei nur die Absicht habe, diejenigen Verpflichtungen zu übernehmen, welche ihm sonst die zwangsweise Abtretung auferlegen würde."

31) Uebrigens hebt auch schon Wilh. Koch Deutschland's Eisenbahnen I S. 34 u. a. hervor, daß man bei der Expropriation „streng genommen nur von einem kaufähnlichen Geschäfte" sprechen könne.

32) Erk. des Berliner Obertribunals v. 1. Mai 1857. — Entscheidungen Bd. 35 S. 390 fg.

33) Erk. des Berliner Obertribunals v. 28. Januar 1862 in Striethorst's Arch. Bd. 43 S. 339 fg. Beseler Privatr. §. 92 Note 14 (2. Aufl. S. 351). Gruchot a. a. O. S. 88. Förster Theorie und Praxis des Preuß. Privatr. Bd. II S. 144. 147. — Wird z. B. ein Grundstück zum Zweck eines Eisenbahnbaues expropriirt und es ergibt sich, daß es wegen sumpfigen Untergrundes dazu ungeeignet ist, so ent-

Eine Rescission wegen laesio enormis ist nach erfolgter Expropriation nicht gestattet.[34]) Andererseits ist bekanntlich die Eigenthumsübertragung keine wesentliche Folge des Verkaufes, sondern die unmittelbare Verpflichtung des Verkäufers besteht nur in der Gestattung des Habens; bei der Expropriation dagegen geht, wofern nur Seitens des Exproprianten der Eigenthumserwerb beabsichtigt wird, unter allen Umständen das Eigenthum über; darin besteht grade der wesentliche Erfolg derselben. Ein Veräußerungsverbot, z. B. die Eigenschaft eines Grundstücks als fundus dotalis, als Familienfideicommiß- oder Stammgut u. dgl. ist demgemäß durchaus kein Hinderniß für den Eigenthumserwerb durch Expropriation, während in Folge eines Verkaufes das Eigenthum an einem solchen Grundstücke nicht übertragen werden könnte.[35]) Selbst wenn der Besitzer, gegen welchen das Expropriationsverfahren stattgefunden hat, nicht der wahre Eigenthümer war, kann der letztere nicht die Rückgabe des Grundstücks vom Expropriationsberechtigten verlangen, sondern nur an den früheren Besitzer wegen Herausgabe der erhaltenen Entschädigungsgelder sich halten. Der Verkauf einer Sache entzieht dem Verkäufer nicht die Möglichkeit, dieselbe Sache nochmals zu verkaufen und dem zweiten Käufer das Eigenthum zu tradiren; ist dagegen hinsichtlich eines Grundstücks das Expropriationsverfahren eingeleitet worden, so ist eine anderweitige Veräußerung desselben Seitens des Expropriaten unstatthaft und eine auf Grund derselben vorgenommene Tradition unwirksam.[36]) Endlich muß der Verkäufer zum Zweck der Erfüllung des Vertrages die verkaufte Sache tradiren, der Käufer ist zur eigenmächtigen Besitzergreifung nicht befugt. Im Falle der Expropriation dagegen ist weder der

---

steht doch für den früheren Eigenthümer keinerlei Verpflichtung zur Aufhebung der Expropriation oder zum Ersatz des Minderwerthes.

34) Förster a. a. O. Dies erkennt auch Meyer S. 244 selbst an.

35) Vergl. Treichler S. 140. Häberlin S. 175. W. Koch S. 29. Förster II. S. 147.

36) W. Koch S. 74. Vgl. auch Treichler S. 143. — Auch ein vor erfolgter Expropriation abgeschlossener, jedoch noch nicht erfüllter Verkauf fällt wegen Unmöglichkeit der Leistung zusammen. Erk. des O.A.G. zu Dresden in Seuffert's Archiv Bd. 3. Nro. 61.

Expropriat zu einer wirklichen Tradition verpflichtet,[37]) noch ist die Tradition erforderlich, um für den Expropriationsberechtigten die Befugniß zur Aneignung des Grundstücks zu begründen.[38])

Alle diese rechtlichen Unterschiede beweisen zur Genüge, daß durch die Fiction eines Kaufes die über die Expropriation geltenden Regeln nicht erklärt werden; die Expropriation wäre zum mindesten ein sehr irregulärer Kauf.

Die ganze Vorstellung einer auf einem Zustande beruhenden quasicontractlichen Obligation müssen wir aber zurückweisen. Alles, was wir oben gegen die Auffassung des Näherrechts als Zustandsobligation gesagt haben, gilt auch hier. Der Expropriat befindet sich in keinem ihn privatrechtlich verpflichtenden Zustande. Daß eine Eisenbahn über sein Grundstück gelegt werden soll, daß die Militärbehörde es für erforderlich hält, an der Stelle, wo sein Haus steht, ein Festungswerk zu errichten u. s. w. ist kein Zustand des Expropriaten. Auch dadurch, daß die Staatsbehörde sein Grundstück für unentbehrlich zu einer im öffentlichen Interesse zu machenden Anlage erklärt, also durch den Expropriationsbeschluß, wird er in keinen Zustand versetzt. Sein Zustand besteht einzig und allein

37) Entscheidungen des Berliner Obertribunals Bd. 35 S. 390 fg. Treichler S. 144. C. F. Koch Recht der Forderungen III. S. 719 (2. Ausg.). Gruchot a. a. O. S. 87. Thiel Das Expropriationsrecht (Berlin 1866) S. 4. 20. 146.

38) Häberlin S. 204. Thiel S. 7 und die dort citirten Erkenntnisse des Obertribunals und des Competenzgerichtshofes zu Berlin. Anderer Meinung ist Meyer S. 240, aber ohne einen andern Grund anführen zu können, als daß die Expropriation auf ein (kaufähnliches) obligatorisches Verhältniß zurückzuführen sei, was eben erst zu beweisen wäre. Wenn er jedoch S. 187 wörtlich sagt: „Der Expropriat will seine Sache nicht abtreten, sondern er muß es; die Abtretung geschieht also gegen seinen Willen. Das Gesetz kann diesen Willen nicht erzeugen; es kann Jemanden wohl zu einer Handlung, aber nie zu einer Willensbestimmung zwingen", so hätte er daraus nicht blos die Unzulässigkeit der Fiction eines Kaufvertrages, sondern auch die Unzulässigkeit der Fiction einer Tradition schließen sollen; denn die Tradition setzt ja nicht minder den animus tradendi, also einen Willen des Tradenten voraus, wie der Kaufvertrag den animus vendendi.

darin, daß er Besitzer resp. Eigenthümer jenes unentbehrlichen Grundstücks ist, und es ist freilich eine unbestreitbare Wahrheit, daß man Besitz und Eigenthum an einem Grundstück eben nur dem Besitzer und Eigenthümer nehmen kann, keinem Andern; aber es streift an das Absurde, zu behaupten: der Umstand, daß man Eigenthum an einer Sache habe, sei der Rechtsgrund für die Verpflichtung, das Eigenthum daran einem Andern zu übertragen.

Allerdings ist ein Zustand die Grundlage dieser Verpflichtung, aber kein privatrechtlicher. Daß man Staatsbürger dieses Staates ist — oder, sofern ein Ausländer Eigenthümer des expropriirten Grundstücks ist, daß dieses Grundstück der Territorialhoheit dieses Staates, und mithin er in Beziehung auf seine Rechte an diesem Grundstück dem öffentlichen Rechte dieses Staates unterworfen ist — dies ist der Grund, auf dem die Pflicht beruht, sich die Expropriation gefallen zu lassen. Diese Pflicht ist aber eben aus diesem Grunde keine privatrechtliche, sondern eine staatsbürgerliche. Staat und Eigenthümer stehen sich in Beziehung darauf nicht wie Gläubiger und Schuldner, sondern wie Obrigkeit und Unterthan gegenüber. Es würde zu den wunderlichsten Consequenzen führen, wenn man alle Pflichten zu Handlungen, Leistungen, Unterlassungen, welche der Staat seinen Angehörigen auferlegt, als privatrechtliche Obligationen auffassen wollte. Die Pflicht, sein Grundstück zu öffentlichen Zwecken gegen Entschädigung herzugeben, ist ebenso wenig eine Obligation wie die Pflicht, Zeugniß zu leisten, Vormundschaften zu führen und als Geschworener zu fungiren.

Es heißt, die Erkenntniß über den staatsrechtlichen Charakter der Expropriation wieder über Bord werfen, wenn man aus ihr zunächst eine civilrechtliche Obligation und dann aus dieser erst die Verpflichtung, dasjenige zu leisten, was das Expropriationsrecht vorschreibt, herleitet. Diese Dazwischenschiebung einer civilrechtlichen Obligation zwischen das Gebot des Staates und dessen Erfüllung ist aber nicht blos überflüssig, sondern geradezu unrichtig. Würde in der That eine solche Obligation bei der Expropriation vorliegen, so wäre es durch die logische Consequenz geboten, daß auf Erfüllung derselben

geklagt werden müßte, wenn der Verpflichtete nicht freiwillig leistet. Mag man die Obligation unmittelbar durch Gesetz oder erst durch den von der competenten Staatsbehörde gefällten Expropriationsbeschluß entstehen lassen, immer würde dadurch der Expropriationsberechtigte (Fiscus, Commune, Actiengesellschaft u. s. w.) erst in die Lage des Käufers kommen, dem die Erfüllung des Kaufs vorenthalten wird. Der Expropriat müßte durch gerichtliches Erkenntniß zur Leistung verurtheilt und das Erkenntniß nach erlangter Rechtskraft gerichtlich vollstreckt werden. Nun ist es aber allbekannt, daß in diesen Formen das Expropriationsverfahren sich nicht vollzieht. Die Abtretungspflicht wird — abgesehen von ganz unbedeutenden kleinen Rechtsgebieten — durch die Verwaltungsbehörden endgültig festgesetzt und von ihnen die Erfüllung derselben erzwungen, ganz wie dies bei anderen staatsbürgerlichen Pflichten der Fall ist. Nur über die Entschädigung wird im Rechtswege entschieden, was völlig correct ist, wie sich bald ergeben wird. Auch kann die Realvollstreckung nicht durch Leistung des Interesse abgewendet werden; ferner geht die „Obligation aus dem Quasiverkauf", selbst nach eingeleitetem Verfahren, nicht auf die Erben über, sondern das Expropriationsrecht haftet immer und ausschließlich nur an dem Grundstück.[39]) Es sind dies Sätze, welche nicht nur die Annahme eines Kauf- oder Quasikauf-Vertrages, sondern die Annahme einer privatrechtlichen Obligation überhaupt ausschließen.

Der Eigenthumsübergang braucht ja aber durchaus nicht „durch ein vorhergehendes obligatorisches Rechtsverhältniß vermittelt zu werden", wie sich G. Meyer a. a. O. S. 185 ausdrückt. Nur wenn man von der vorgefaßten Meinung ausgeht, daß eine Uebertragung des Eigenthums, eine Tra-

39) Der Umstand, daß die Durchführung der Expropriation niemals gegen den Erben als solchen, sondern immer gegen den Rechtsnachfolger im Besitz des Expropriationsobjects fortgesetzt wird, veranlaßt W. Koch (Deutschl. Eisenbahnen) nachdem er 50 Seiten hindurch die Theorie vom Zwangskauf vertheidigt hat, plötzlich S. 74 zu erklären, „die Expropriation sei gleichsam (!) als eine auf dem betreffenden Grundstücke ruhende dingliche Last und der Expropriations-Antrag als eine gegen jeden Besitzer zu richtende dingliche Klage (!!) anzusehen."

bition Seitens des Expropriaten erforderlich ist und in jedem Expropriationsfalle Statt findet, wird man sich genöthigt sehen, um für diese Tradition eine justa caussa zu schaffen, eine Obligation zu fingiren. Auf den Willen des Expropriaten kommt es ja aber gar nicht an; das Eigenthum verliert er, auch wenn er den animus tradendi nicht hat; es geht auf den Exproprianten über, selbst wenn der Expropriat erklären sollte, er wolle es ihm nicht übertragen.

Wir müssen uns daher von dem Gedanken frei machen, den Eigenthumsübergang bei der Expropriation auf eine Tradition zurückzuführen. Der Eigenthumsübergang erfolgt vielmehr durch Gesetz. Und hierin steht die Expropriation keineswegs vereinzelt da; ein Blick in jedes beliebige Pandekten-Compendium lehrt, daß schon das Römische Recht eine nicht unbedeutende Anzahl von Fällen kennt, in denen der Eigenthumsübergang ganz unabhängig von dem Willen des bisherigen Eigenthümers kraft Gesetzes Statt findet.

Die Expropriation hat mit einigen dieser Fälle eine besonders nahe Verwandtschaft. Wir haben oben gesehen, daß sie als ein Eingriff des öffentlichen Rechts in das Privatrecht sich darstellt; wir können dies jetzt näher dahin präcisiren, daß sie als Aufhebung eines Eigenthumsrechts kraft eines Satzes des öffentlichen Rechts sich äußert. Und dafür gibt es noch andere Beispiele. Der Begriff des öffentlichen Rechts umfaßt außer dem Staatsrecht auch das Völkerrecht und das Strafrecht. Diesen drei Rechtsgebieten entsprechen die Expropriation, die Erbeutung, die Confiscation.

Der occupatio bellica liegt ein Satz des Völkerrechts zu Grunde, kraft dessen das Eigenthum des Fiscus des feindlichen Staats — oder, wenn wir an frühere Zeiten denken, auch des Bürgers des feindlichen Staats — cassirt und der Eigenthumserwerb des beutemachenden Staats (resp. Soldaten) ermöglicht wird.

Die Confiscation beruht auf einem Satze des Strafrechts, dessen Wirkung eine Verletzung des Privatrechts, eine Beseitigung des an sich wohl erworbenen Eigenthums und ein Uebergang desselben auf den Fiscus ist.

Warum sollte ein Satz des Staatsrechts nicht die gleiche Wirkung äußern können? Warum soll hier die öffentliche Gewalt nicht befugt sein, einseitig das Privateigenthum aufzuheben, sondern durchaus auf den Umweg gewiesen werden, den Eigenthümer zu zwingen, selbst sein Eigenthum zu übertragen?

Aber ein wichtiger Unterschied ist zwischen der Expropriation einerseits und der Erbeutung und Confiscation andererseits. Die Entziehung des Eigenthums geschieht nicht aus Feindschaft und nicht zur Strafe einer unerlaubten Handlung, sondern sie ist ein Opfer, welches die staatliche Gesellschaft ihrem Mitgliede auferlegt, und welches nicht größer sein darf, als im öffentlichen Interesse geboten ist. Der Staat vernichtet das Eigenthum, aber er hat keinen Grund, zugleich das Vermögen seines Bürgers zu vernichten oder zu verringern. Er gewährt ihm daher ein Aequivalent in Ansehung des Vermögenswerthes, der Expropriat hat einen Anspruch auf Entschädigung, der ihm aus der Expropriation erwächst.[40]) Diese Verpflichtung zur Schadloshaltung legt der Staat demjenigen auf, zu dessen Gunsten er expropriirt, dessen Vermögen daher durch Erlangung des Eigenthums an der expropriirten Sache um denselben Betrag vermehrt wird.

Eine Obligation entsteht daher allerdings in Folge der Expropriation, aber keine zweiseitige; sie erzeugt keine obligatorische Verpflichtung auf Seiten des bisherigen Eigenthümers, sondern nur auf Seiten des neuen Eigenthümers. Diese Obligation hat einen durchaus normalen, privatrechtlichen Charakter; nicht der Staat als Institution des öffentlichen Rechts, sondern der Fiscus als civilrechtliche Person, oder die Stadtgemeinde, Actiengesellschaft, Bergwerksgenossenschaft, zu deren Gunsten expropriirt wird, ist das Subject derselben[41]); ihre Feststellung unterliegt der Beurtheilung der Gerichte; bei ihr finden, wie bei andern Obligationen, die Regeln über Verzug, Compensation,

40) Häberlin S. 179.

41) Damit erledigen sich die selbstgeschaffenen Schwierigkeiten, die Thiel a. a. O. S. 17 fg. durch Annahme einer „Cession" des Expropriationsrechts heraufbeschwört. — Vrgl. auch Förster II. S. 145 Note 32,

Verjährung, Tilgung, Vererbung u. s. w. vollkommen Anwendung. Sie entsteht auch durch einen Willensact des Verpflichteten, der ja aus freier Initiative die Anwendung des Expropriationsgesetzes beantragt und herbeigeführt hat. Sie reiht sich den quasi-contractlichen Obligationen völlig ein[42]) und kann nach Analogie der Verbindlichkeiten eines Käufers beurtheilt werden.[43]) Privilegirt ist die Forderung des Expropriaten

42) Thiel, der im Ganzen genommen eine richtige Auffassung von der rechtlichen Natur der Expropriation und von den dadurch begründeten Rechtsverhältnissen hat, bezeichnet sie S. 21 fg. als eine Obligation, die auf einem damnum injuria datum beruhe. Demnach wäre dieselbe eine Delictsobligation. Die Durchführung eines Rechtssatzes kann doch aber kein Delict involviren. Vgl. auch Erk. des O.A.G. zu Darmstadt in Seuffert's Archiv Bd. 7 Nro. 184

43) Das Obertribunal zu Stuttgart hat in zwei Entscheidungen (Seuffert's Arch. Bd. 4 Nro 41.) angenommen, daß in einem Falle, in dem über die Höhe der Entschädigung eine Vereinbarung zu Stande gekommen war, das Geschäft den rechtlichen Character eines Vergleichs habe. Dieser Auffassung ist von mehreren Schriftstellern widersprochen worden, weil ein Vergleich streitige Rechtsansprüche voraussetze, die Rechtsansprüche beider Theile aber unzweifelhaft seien, und nur über ein factisches Verhältniß, den Werth der Sache, eine Meinungsverschiedenheit bestehe. Koch S. 54. Martin im Arch. f. pract. Rechtswissensch. Bd. 9 S. 97. Meyer a. a. O. S. 224. Dies ist völlig unrichtig. Wenn ein Anspruch auf Entschädigung seiner Höhe nach streitig ist, so kann er zweifellos durch Vergleich festgestellt werden, auch wenn es unter den Parteien feststeht, daß die Schadensersatz-Forderung an sich begründet ist. Denn ein Vergleich setzt nicht eine Meinungsverschiedenheit über Rechtssätze, sondern über Rechtsansprüche voraus, wie die Gegner selbst zugeben; der Anspruch aber normirt sich nach dem Werth der entzogenen Sache; ist daher dieser Werth streitig, so ist auch der Anspruch streitig und dieser Streit kann durch Vergleich beseitigt werden. Das Argument von Meyer, „daß man alsdann auch einen Kaufvertrag, in dem der Preis schließlich dadurch festgesetzt wird, daß der Verkäufer etwas von seiner Forderung nachläßt, der Käufer mit seinem Gebot etwas in die Höhe geht, einen Vergleich nennen könnte", paßt gar nicht; denn beim Kauf ist vor erzielter Einigung über den Preis gar kein Anspruch begründet, bei der Expropriation dagegen entsteht der Anspruch ganz unabhängig von der Willenseinigung der Parteien. Dagegen darf man freilich ebensowenig behaupten, daß in allen Fällen, in denen die Höhe der Entschädigungssumme gütlich festgestellt wird, ein Vergleich vorliegt. Wenn Expropriant und Expropriat von Anfang an darüber einverstan-

nur insofern, als ihm die Entschädigung nach fast allen Expropriationsgesetzen gezahlt werden muß, ehe er das Grundstück zu räumen verpflichtet ist. Indeß läßt sich diese Begünstigung wohl als ein den gewöhnlichen Regeln entsprechendes Retentionsrecht auffassen. Mit dem Wesen der Expropriation hängt sie nicht nothwendig zusammen, sondern sie beruht auf positiver gesetzlicher Bestimmung, die aus dem Bestreben, den dem Expropriaten angethanen Zwang möglichst zu mildern, hervorgegangen ist. Zeitlich geht die Zahlung der Entschädigung gewöhnlich[44]) der Entziehung des Eigenthums voraus; logisch ist die Enteignung das Frühere, die Verpflichtung zur Schadloshaltung erst die Consequenz davon.[45])

Der Gegensatz unserer Auffassung gegen die herrschende läßt sich in folgendem Satz zusammenfassen. Nach der herrschenden Ansicht begründet die Expropriation ein zweiseitiges Rechtsverhältniß, nach unserer zwei einseitige, von denen das eine die gesetzliche, nothwendige Folge des andern ist. Nicht Eigenthumsübertragung gegen Bezahlung des Werths als logisch einheitlicher Begriff, wie beim Kauf, ist das privatrechtliche Wesen der Expropriation, sondern Eigenthumsübergang kraft

---

den sind, daß das expropriirte Grundstück 1500 Thlr. werth ist, so liegt kein Vergleich vor; wenn dagegen der Expropriant eine Entschädigung von 1000 Thlrn. anbietet, der Expropriat eine solche von 2000 Thlrn. fordert, beide aber zur Vermeidung von Weiterungen und Prozessen sich auf die Summe von 1500 Thlrn. vereinigen, so schließen sie allerdings einen Vergleich. Ein derartiger Fall lag dem Obertribunal zu Stuttgart zur Entscheidung vor.

44) Es kann auch vorkommen, daß aus Gründen der Dringlichkeit das Grundstück vor Zahlung der vollen Entschädigungssumme abgetreten werden muß; alsdann hat der Expropriat zwar Verzinsung vom Tage der Abtretung an zu fordern; der Eigenthumsübergang selbst aber wird dadurch weder verzögert, noch ist er ein blos provisorischer. Erk. des O.A.G. zu Darmstadt v. 1854 bei Seuffert Archiv Bd. 10. Nro. 143.

45) Die Verkennung dieses Verhältnisses trägt einen großen Theil der Schuld an der irrthümlichen Auffassung der Expropriation als Kauf und insbesondere über den Zeitpunkt der Perfection der durch Expropriation herbeigeführten Rechtsverhältnisse. In Beziehung auf die letztere Frage ist hervorzuheben die Untersuchung Burckhard's in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Neue Folge. Bd. 6. S. 223 ff.

Gesetzes in Folge eines einseitigen Staatsactes und eine in unmittelbarer Folge davon entstehende einseitige Forderung auf Erstattung des Werthes.[46])

Für die Systematik ergibt sich demnach folgendes Resultat. Die Expropriation ist in drei verschiedene Begriffe zu zerlegen. Die Befugniß zur Expropriation, die Erläuterung der einzelnen Fälle, in denen dieselbe zulässig ist, und das Verfahren zur Feststellung, ob ein solcher Fall vorliegt, gehört dem öffentlichen Rechte an, und zwar speciell dem sogen. Verwaltungsrecht im Gegensatz zum Verfassungsrecht. Im Privatrecht dagegen ist bei der Lehre vom Eigenthum die Expropriation als ein Aufhebungsgrund bez. als eine Erwerbsart des Eigenthums aufzuführen, und endlich ist die Obligation des Exproprianten zur Schadloshaltung des bisherigen Eigenthümers unter die quasicontractlichen oder gesetzlichen Obligationen zu stellen.[47]) Von diesen Principien aus lassen sich die einzelnen bei der Expropriation zur Anwendung kommenden Regeln herleiten, ohne daß man zu künstlichen Fictionen oder unjuristischen Constructionen zu greifen braucht.

III.

Kehren wir nun nach dieser Feststellung des rechtlichen

---

46) Die richtige Auffassung, jedoch ohne nähere Motivirung und Ausführung ist angedeutet von G. A. Zachariä in den Götting. Gelehrt. Anz. von 1861 Bd. I S. 118 fg. Unter den eingehenderen Darstellungen des Expropriationsrechts steht die von Thiel ihr am nächsten. — Der Aufsatz des Obertribunalsraths Meyer in der Preußisch. Gerichts-Zeitung II. S. 161 f., aus welchem Gruchot a. a. O. S. 81 eine Stelle abdruckt, ist mir nicht zugänglich gewesen.

47) In ähnlicher Weise ist auch die vorübergehende Benutzung von Privateigenthum zu öffentlichen Zwecken, z. B. zu Manövern, zur Anlage eines Interimsweges u. dgl. zu beurtheilen. Es ist ebenso unrichtig, dem Fiscus etwa Servitutenrechte an allen Grundstücken des ganzen Staatsterritorii zuzuschreiben, kraft deren er zu jenem Gebrauch der Grundstücke berechtigt sei, als mit W. Koch Deutschl. Eisenbahnen I S. 130 eine Zwangs-Miethe zu fingiren. Der Staat erlaubt sich vielmehr im öffentlichen Interesse und auf Grund eines staatsrechtlichen Princips einen Eingriff in die Integrität des Privateigenthums, verpflichtet aber den Fiscus oder diejenige Person, welcher er diesen Eingriff gestattet, den beeinträchtigten Eigenthümer vollständig zu entschädigen.

Charakters der Expropriation zum Retract zurück, um zu sehen, in wie weit sich die gefundene civilistische Construction für das Retractsrecht verwerthen läßt.

Bei der veränderten politischen Verfassung ist es nicht ganz leicht, sich das Retractsrecht als einen Theil des öffentlichen Rechts zu denken; die heutige Staatsverfassung, die heutigen Aufgaben des Staates und die heutigen Interessen der Gesellschaft haben mit den Retractsrechten keinen Zusammenhang mehr; die Retractsrechte erscheinen vielmehr als eine erhebliche Schädigung des Gemeinwohls. Wenn man aber das Wesen des Retractsrechts verstehen will, so muß man sich in die Zeit seiner Entstehung und Blüthe versetzen, in der es den socialen Bedürfnissen entsprach, in der es als ein Pfeiler der politischen und wirthschaftlichen Ordnung angesehen wurde, in der man von ihm sagen konnte, es beruhe auf der natürlichen Billigkeit.[48] Auch darf man andererseits den Begriff des öffentlichen Rechts nicht zu eng mit dem Begriff des heutigen Staatsrechts identificiren; es ist vielmehr darunter das Recht der bürgerlichen Gesellschaft im Gegensatz zu den rechtlichen Beziehungen der Einzelindividuen zu einander zu verstehen. Man muß sich nicht blos in die sociale, sondern auch in die staatliche Ordnung derjenigen Zeit zurückversetzen, in welcher die Retractsrechte lebenskräftig waren. Eine hervorragende Eigenthümlichkeit jener Zeit besteht darin, daß in Ermangelung einer ordentlich organisirten Verwaltung und rationellen Polizeithätigkeit das Interesse der Gesellschaft dem Einzelnen gegenüber in den Formen privatrechtlicher Institute zur Geltung gebracht wurde, wie durch die Regalien, Zwangs- und Bannrechte u. dgl. Derselben Kategorie gehören die Retractsrechte an. Der bürgerlichen Gesellschaft war daran gelegen, die Grundstücke den Verwandten, Mitbürgern, Genossen, Nachbarn zu erhalten; der Bestand der socialen Gliederung verlangte es, Fremde von dem Erwerb derselben zu Gunsten der Genossen auszuschließen. Das an und für sich gültig

48) Wie z. B. noch Runde Deutsches Privatrecht §. 195. Vgl. auch v. Kamptz Handbuch des Mecklenburg. Civilrechts §. 125 S. 373.

erworbene Eigenthum wird von der staatlichen Gesellschaft wegen der dadurch verletzten social-politischen Interessen cassirt.[49])

Wenngleich nun Retract und Expropriation insofern einander gleichen, daß beide einen Eingriff der bürgerlichen Gesellschaft in die Sphäre des reinen Privatrechts involviren, so darf man doch im heutigen Rechte den Retract nicht etwa als eine Unterart der Expropriation bezeichnen. Denn das wesentliche Kriterium der letzteren, daß das Staatsrecht die Grundlage derselben bildet und daß die Pflicht, sich die Enteignung gefallen zu lassen, den Charakter einer staatsbürgerlichen Pflicht hat, ist bei dem Retract im heutigen Recht durchaus nicht vorhanden. Das Retractsrecht gehört vielmehr ausschließlich dem Privatrecht an. Daraus ergibt sich eine wichtige Folgerung, welche einen eingreifenden praktischen Unterschied zwischen Expropriation und Retract betrifft. Da der Staat das Interesse an den Näherrechten verloren hat, so ist die Durchführung des Retractsrechts kein Gegenstand für die Thätigkeit der Verwaltungsbehörden; das Retractsrecht dient in Wirklichkeit nur noch den pecuniären Privatinteressen Einzelner und daher ist von den Gerichten im Wege des Civilprozesses zu entscheiden, ob in concreto der Retract zulässig ist oder nicht.

Damit im Zusammenhang steht es, daß die Voraussetzungen für Ausübung des Retractsrechts nicht publicistischer Art, wie bei der Expropriation, sind, sondern durch bestimmte Privatrechtssätze fest normirt sind; allein dadurch wird das Retractsrecht noch nicht zu einem subjectiven Rechte (privatrechtlichen Herrschaftsverhältniß), sondern es ist die Auffassung zulässig, daß das Retractsrecht grade wie das Expropriationsrecht nur ein Inbegriff von objectiven Rechtsregeln ist, kraft deren auf Antrag des Interessenten unter gewissen Voraussetzungen und

49) Man stelle sich vor, daß ein Gesetz, welches jedem Unternehmer einer Eisenbahn-Anlage die Expropriationsbefugniß gewährt, noch nach 200 Jahren in Geltung sei, daß aber die volkswirthschaftlichen Verhältnisse sich zu dieser Zeit so sehr verändert haben, daß durchaus kein staatliches oder gesellschaftliches Interesse mit der Anlage neuer Eisenbahnen mehr verknüpft ist: und man wird die Expropriationsbefugniß eines Eisenbahn-Unternehmers in jener Zeit in ganz demselben Lichte sehen, in welchem heute die Retractsrechte erscheinen.

unter Beobachtung gewisser Formen ein gesetzlicher Eigenthumsübergang stattfindet.

Die Richtigkeit und Nothwendigkeit dieser Auffassung wird durch folgende Gründe erwiesen:

1) Retractsrechte können nicht durch Usucapion entstehen und können nicht durch irgend eine Art von Verjährung untergehen. Nur die Befugniß, die Anwendung des Retractsrechts auf den einzelnen Fall zu verlangen, ist an eine bestimmte, meistens sehr kurze Frist gebunden; die von der Verjährung geltenden Regeln finden aber auf diese Präclusion, welche ihrem Begriff nach von der Verjährung durchaus verschieden ist, keine Anwendung.[50]) Dagegen können Retractsrechte als solche durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht entstehen und durch Gesetz oder desuetudo aufgehoben werden.[51]) Diese Sätze sind bei unserer Auffassung durchaus erklärlich und nothwendig; bei der entgegengesetzten Anomalien. Denn nur wenn die Retractsrechte objective Normen, nicht Rechte im subjectiven Sinne sind, können sie weder ersessen werden noch einer Exstinctivverjährung unterliegen, sondern sind wie andere Rechtssätze den rechtsbildenden Kräften und nur ihnen unterworfen.

Wird daher durch ein Gesetz in einem Lande ein bestimmtes Retractsrecht aufgehoben, so haben alle diejenigen Personen, welche zur Zeit in der Lage sind, dasselbe geltend zu machen, nicht etwa ein jus quaesitum, auf welches jenes Gesetz keine rückwirkende Kraft ausüben würde, sondern nur diejenigen Personen können sich auf das alte Recht berufen, welche von der Retractsbefugniß bereits Gebrauch gemacht haben.

2) Fast ohne Widerspruch ist von der heutigen Wissen-

50) Erk. des O.A.G. zu Celle v. 1852 in Seuffert's Archiv Bd. 7 Nro. 82. — Es bleibt nach der Präclusion keine naturalis obligatio zurück; es ist gleichgültig, ob der Besitzer von der Existenz von Retractsrechten Kenntniß hatte oder nicht, also in bona oder mala fide war; es findet keine Restitution statt u. s. w. Es erlischt überhaupt kein erworbenes subjectives Recht, sondern es verschwindet mit Ablauf der bestimmten Zeit eine derjenigen Voraussetzungen, unter welchen das objective Recht die Quasi-Expropriation gestattet.

51) Erk. des O.A.G. zu Jena in Seuffert's Archiv Bd. 8 Nro. 283.

schaft der Satz anerkannt, daß gemeinrechtlich durch Vertrag oder Testament Retractsrechte nicht begründet werden können.[52]) Es müßte höchst sonderbar erscheinen, daß Personen mit ihrem Willen Rechtsverhältnisse nicht begründen können, welche ihnen das Gesetz in vielen Fällen gegen ihren Willen auferlegt. Nichts ist aber selbstverständlicher als jener Satz, wenn man die Retractsrechte als Rechtsnormen anerkennt, nicht als Rechtsverhältnisse.

52) Dagegen haben sich nur vereinzelte Stimmen erhoben; eigenthümlich ist die Ansicht von Walch, welcher anerkennt, daß durch Vertrag ein Retractsrecht nicht begründet werden kann, dagegen behauptet, daß dies durch Testament geschehen könne. Näherrecht S. 497 ff. — Gewöhnlich wird jenem gemeinrechtlichen Satz aber die Einschränkung angehängt, daß die Particularrechte die Entstehung der Retractsrechte durch Privatwillenserklärung zulassen, wenn die Eintragung in das Grundbuch hinzukommt. Diese Behauptung ist ein Rest der früher ganz allgemeinen Verwechslung der Retractsrechte mit dem Vorkaufsrecht. — Dingliche Vorkaufsrechte sind etwas durchaus Anderes als die Retractsrechte und beruhen historisch und dogmatisch auf einer ganz anderen Grundlage. Im älteren Recht macht jede — auch die vertragsmäßig übernommene Veräußerungsbeschränkung eine mit Verletzung derselben vollzogene Veräußerung eines Grundstücks anfechtbar; derjenige, dessen Recht durch die Veräußerung verletzt war, hatte eine Klage auf Herausgabe dieses Grundstücks gegen den dritten Besitzer. Laband Vermögensrechtl. Klagen §. 34. Im heutigen Recht tritt die rechtliche Wirksamkeit Dritten gegenüber nur dann ein, wenn die Veräußerungsbeschränkung durch Eintragung in das Grundbuch allgemein erkennbar gemacht ist. Man muß daher heut nicht nur particularrechtlich, sondern überall, wo die Grundbuchsverfassung durchgeführt ist und nicht ein positives gesetzliches Verbot entgegensteht, die Errichtung von Vorkaufsrechten mit dinglichen Wirkungen anerkennen; mit den Principien des modernen Immobiliar-Sachenrechts stehen sie nicht im Widerspruch. Vgl. Renaud Zeitschrift für Deutsches Recht Band VIII S. 259 ff. Allein sie sind durchaus verschieden von den Retractsrechten; sie stehen individuell bestimmten Subjecten zu; sie unterliegen hinsichtlich ihrer Ausübung und Erlöschung denselben Regeln wie andere im Grundbuch eingetragene jura in re aliena; sie sind vererblich, wenn die Vererblichkeit nicht besonders ausgeschlossen ist; sie begründen nicht nur eine dingliche Klage gegen den Erwerber, sondern zugleich eine Forderung gegen den Veräußerer auf Entschädigung u. s. w.; kurz sie sind Rechte im subjectiven Sinn, auf welche die von den (gesetzlichen) Retractsrechten geltenden Regeln nicht passen. Daran ändert auch die Zusammenwerfung von Retract und Vorkaufsrecht in den Particularrechten Nichts. Vgl. das Erk. des Berliner Obertribunals v. 23. Juni 1865. Entscheidungen Bd. 54. S. 183 ff.

3) Die Retractsrechte sind anerkanntermaßen unübertragbar, sowohl quoad jus als quoad exercitium. Sie sind aber auch unvererblich; denn der Erbe als solcher überkömmt nicht das Retractsrecht seines Erblassers; es müssen vielmehr in seiner Person die gesetzlichen Voraussetzungen zur Geltendmachung des Retracts begründet sein, und alsdann steht ihm dasselbe ohne Rücksicht auf jenen Erbgang zu. Es gibt nun allerdings höchst persönliche Vermögensrechte; die Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit steht also nicht im Widerspruch mit dem Begriff eines subjectiven Privatrechts, aber sie erscheint immer als eine Anomalie. Als durchaus nothwendig dagegen ergibt sich die Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit, wenn die Retractsrechte als objective Rechtssätze in dem entwickelten Sinne erkannt werden. So wenig Jemand das Recht, herrenlose Sachen zu occupiren oder zum Zweck des Bergbaues das unentbehrliche Grundeigenthum und Grubenholz zu expropriiren, veräußern oder vererben kann, weil dies eben keine subjectiven Rechte, sondern Rechtssätze sind, eben so wenig kann das Recht, eine dem Retract unterworfene Sache gegen eine gewisse Entschädigung sich anzueignen, als ein übertragbarer oder vererblicher Vermögensbestandtheil angesehen werden.

4) Auch der in fast allen Particularrechten vorgeschriebene Eid des Retrahenten, daß er im eigenen Interesse den Retract verlange, gibt eine Bestätigung dafür ab, daß es sich bei dem Retract nicht um Geltendmachung eines Privatherrschaftsrechts, sondern um Durchführung einer Vorschrift des objectiven Rechts handelt. Denn dieser Eid hat nur dann einen vernünftigen Sinn, wenn der Mißbrauch jener Rechtssätze dadurch verhütet werden soll; schreibt man dem Retrahenten dagegen ein bereits wohl erworbenes Recht zu, sei es nun eine Forderung oder ein dingliches Recht, so wäre es eine höchst eigenthümliche Anomalie, daß die Geltendmachung dieses Rechts von der Ableistung jenes Eides abhängig sein soll.

5) Es können an einem und demselben Grundstück gleichzeitig mehrere Titel zum Retract bestehen und zahlreiche Retractsberechtigte vorhanden sein. Faßt man die Retractsrechte als Forderungen auf, so ist das Rangverhältniß derselben nach

Grundsätzen des Obligationenrechts gar nicht zu erklären; die Retractsberechtigten sind weder correi credendi, noch pro rata berechtigt, noch haben diejenigen, welche wegen des stärkeren Retractsrechts eines Andern auf Erfüllung ihrer Forderungen verzichten müssen, einen Anspruch auf Zahlung ihres Interesse. Faßt man die Retractsrechte als dingliche Rechte auf, so versagt die sonst geltende Regel prior in tempore potior in jure. Man muß zu der, auch nicht völlig passenden Analogie der Pfandprivilegien greifen, um die Rangordnung der Retractsrechte erklären zu können, und diese Analogie ist eben nur deshalb in gewissem Maße zutreffend, weil auch die Pfandprivilegien zurückzuführen sind auf Modificationen, welche die reinen Grundsätze des Privatrechts zu Gunsten der öffentlichen Wohlfahrt erleiden. Es sind zwar die Pfand r e c h t e, aber nicht die Privilegien derselben dingliche Rechte im subjectiven Sinne. Die Rangordnung der Retractsrechte macht dagegen durchaus keine Schwierigkeiten, sondern erscheint als etwas Nothwendiges, wenn man die Retractsrechte als objective Normen betrachtet, durch welche gewissen Personen in bestimmter Reihenfolge die Möglichkeit einer (Quasi-) Expropriation verstattet wird.

Erkennt man das entwickelte Princip als richtig an, so ergibt sich folgendes Resultat:

Der Retractskläger stützt seine Klage nicht auf ein Forderungsrecht gegen den Besitzer, kraft dessen er von ihm die Tradition[53]) des Grundstücks verlangt; er stützt dieselbe ebensowenig auf ein dingliches Recht, welches dadurch, daß ihm der Besitz der Sache vorenthalten wird, verletzt ist, sondern ein solches Recht, nämlich das Eigenthum, will er erst erlangen. Er klagt vielmehr auf gerichtliche Anerkennung und Feststellung seiner Befugniß, das Eigenthum an dem betreffenden Grund-

53) Dem Verklagten kann keine p o s i t i v e Leistung angesonnen werden; er ist nur verpflichtet, zu dulden, daß der Retrahent das Grundstück an sich nimmt. Vgl. F ö r s t e r Theorie u. Praxis des Preuß. Privatr. III S. 353. Die Herausgabe des Grundstücks fällt ebenso wenig unter den juristischen Begriff der Tradition, als wenn der Vindicationsbeklagte die vindicirte Sache dem Eigenthümer ausantwortet.

stück sich einseitig[54]) anzueignen. Das Gericht stellt fest, daß im gegebenen Falle die thatsächlichen Voraussetzungen begründet sind, unter denen das Gesetz einen Eigenthumsübergang ohne Rücksicht auf den Willen des bisherigen Eigenthümers zuläßt. Das rechtskräftige Urtheil des Gerichts hat dieselbe civilrechtliche Wirkung beim Retract wie der endgültige Expropriationsbeschluß der competenten Verwaltungsbehörde bei der Expropriation: das Eigenthum an dem retrahirten Grundstück geht kraft Gesetzes auf den Retrahenten über.

Für den Retrahenten aber erwächst daraus, daß er von diesem Aneignungsrecht Gebrauch macht, die (quasi-contractliche) Obligation, dem abgetriebenen Eigenthümer diejenige Summe als Ersatz zu gewähren, welche bei der — die Anwendung des Retractsgesetzes begründenden — Veräußerung für das Grundstück als Aequivalent bezahlt worden ist. Durch diese Leistung wird dem Verklagten vollständige Entschädigung gewährt, wenn er selbst der erste Käufer ist; und diesen Fall hatte man in der früheren Zeit, der das Retractsrecht seine Ausbildung verdankt, bei der kurzen Frist, an die der Retract gebunden war, und bei dem beschränkten Verkehr mit Grundstücken allein im Auge.[55]) Ebenso wie bei der Expropriation hat der vom Retract Betroffene das Grundstück erst nach Bezahlung des Kaufgeldes herauszugeben, also ein Retentionsrecht an dem Grundstück für seine Ersatzforderung.[56]) Logisch aber ist die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufgeldes erst die Consequenz des kraft Retractsrechts erzwungenen Eigenthumsübergangs.[57])

---

54) Was wohl zu unterscheiden ist von „eigenmächtig."

55) Vgl. Renaud a. a. O. S. 276.

56) Erk. des O.A.G. zu Celle v. 1851 in Seuffert's Archiv Bd. 9 Nro. 198.

57) Eine vollständige Analogie bietet das Recht auf Gewährung eines Nothweges. Es ist wiederholt von der Praxis anerkannt worden, daß der Implorant, der die Einräumung desselben fordert, noch kein Servitutenrecht habe und demgemäß sein Antrag sich nicht als actio confessoria charakterisiren lasse, und daß gegen eine Klage wegen Besitzstörung oder gegen die actio negatoria einredeweise der Anspruch auf einen Nothweg nicht geltend gemacht werden könne, weil das Recht auf den Nothweg erst durch den Richter auf den Antrag des Imploranten

Für die Systematik des Privatrechts gewinnen wir demnach das Resultat:

Das Retractsrecht ist aus der Zahl der dinglichen Rechte zu streichen und ebensowenig unter die Forderungsrechte einzureihen, sondern es ist so wie das Expropriationsrecht bei der Lehre vom Erwerb und Verlust des Eigenthums kraft Gesetzes zu erörtern und von diesem Princip aus dogmatisch zu entwickeln.

---

constituirt werden muß, vorher also ein Recht auf den Nothweg gar nicht existirt. Vgl. z. B. die Erkenntnisse der obersten Gerichtshöfe in Stuttgart, Jena, Kassel, Kiel in Seuffert's Archiv Bd. 2 Nro. 177; Bd. 6 Nro. 156; Bd. 13 Nro. 211; Bd. 14 Nro. 114. Das Recht auf den Nothweg erscheint als eine privatrechtliche partielle Expropriationsbefugniß, wie das Retractsrecht als eine totale. Der Richter constituirt kraft seines Amtes, nachdem er das Vorhandensein der gesetzlich erforderten Voraussetzungen festgestellt hat, die Eigenthumsbeschränkung resp. das Servitutenrecht beim Nothweg, so wie er beim Retract den Eigenthumsübergang auf Grund des Gesetzes durch seinen Ausspruch vermittelt. In Folge davon entsteht aber für den Imploranten die Obligation, den Eigenthümer für den erzwungenen Weg vollständig zu entschädigen. Auch Beseler Deutsch. Privatr. §. 93 (2. Aufl. S. 354) deutet an, daß die Bestellung des Nothweges auf „das Princip der Enteignung" zurückzuführen sei. Es ist zu verwundern, daß man dasselbe Princip beim Retract bis jetzt noch nicht entdeckt hat.